

**Il contratto di risparmio edilizio: un modello di finanziamento di matrice tedesca
abbisognevole di un più puntuale inquadramento giuridico**
di Marcello Condemi¹

SOMMARIO: 1. Natura del contratto di "Risparmio edilizio"; 2. Il "diritto di stipula"; 3. Rassegna delle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario; 3.1. segue: Natura dell'ABF; 3.2. segue: Rassegna delle decisioni; 3.3. segue: Le argomentazioni dell'ABF; 4. Mancata riconducibilità del "diritto di stipula" alla c.d. "clausola penale"; 4.1. segue: l'istituto del diritto di stipula nella giurisprudenza tedesca; 5. In ordine alla durata del contratto di risparmio edilizio; 6. In ordine alla "causa debendi"; 6.1. segue: in ordine alla asserita carenza di trasparenza; 7. L'accoglimento nell'ordinamento italiano del contratto di diritto tedesco; 8. Conclusioni.

1. Natura del contratto di "Risparmio edilizio".

Il contratto di "*risparmio edilizio*" è un istituto sorto nel, e regolato dal, diritto tedesco. Detto contratto è regolato dalla legge 16 novembre 1972, BGBl. I S. 2097, come modificata dalla legge 15 febbraio 1991, BGBl. I. S. 454 e successive.

Ai sensi dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge 16 novembre 1972, BGBl. I S. 2097, "(1) *Le casse di risparmio edilizio sono istituti di credito, la cui attività commerciale è orientata a ricevere depositi da risparmiatori edilizi (depositi di risparmio edilizio) e concedere ai risparmiatori edilizi, dagli importi accumulati, mutui finanziari (mutui di risparmio edilizio) per misure economiche abitative (operazioni di risparmio edilizio). Le operazioni di risparmio edilizio possono essere svolte esclusivamente da casse di risparmio edilizio.*

(2) *Il "risparmiatore edilizio" è chi stipula con una cassa di risparmio edilizio un contratto mediante il quale egli, dopo aver effettuato depositi di risparmio edilizio, acquisisce il diritto di ottenere un mutuo di risparmio edilizio (contratto di risparmio edilizio)".*

Il contratto è sostanzialmente volto a disciplinare due fasi:

(i) una prima fase di accumulo, nel corso della quale il cliente deposita presso l'intermediario, mediante versamenti rateali, il c.d. "*risparmio accumulato*", il quale viene remunerato ad un tasso di interesse contrattualmente prefissato e del quale il cliente conserva in tale fase una limitata disponibilità;

(ii) una seconda fase di assegnazione che si determina quando la resa del risparmio (ossia l'ammontare del "*risparmio accumulato*" ed il periodo di risparmio) si trova in congruo rapporto con la resa del mutuo; rapporto, questo, che si determina secondo una formula matematica contrattualmente prevista, e perciò predeterminabile negli esiti temporali,

¹ Professore Associato di Diritto dell'Economia nell'Università di Roma - G.Marconi- Facoltà di Giurisprudenza. Patrocinante dinanzi le Giurisdizioni Superiori. Revisore Legale

in cui l'Intermediario:

(ii-a) Mette a disposizione del cliente il "*risparmio accumulato*";

(ii-b) Si impegna a concedere un mutuo pari alla differenza fra la "*somma sottoscritta*" (vale a dire l'importo complessivo del contratto di risparmio edilizio) ed il "*risparmio accumulato*" già messo a disposizione del cliente.

L'erogazione del mutuo avviene in ogni caso a seguito della stipula di un ulteriore e separato contratto denominato "*contratto di mutuo*" e previo positivo superamento di valutazioni in ordine al merito creditizio.

Tanto chiarito circa la struttura ed il funzionamento del contratto di risparmio edilizio, per così dire "*puro*", occorre precisare che la sottoscrizione di tale tipologia di contratto può essere, su richiesta del cliente e previo accertamento delle necessarie condizioni, associata alla stipulazione di un contratto di "*mutuo fondiario immediato*" - che ha la finalità di rendere immediatamente disponibile al cliente la "*somma sottoscritta*" - destinato ad estinguersi al momento dell'assegnazione del mutuo di risparmio edilizio.

In tale ultima tipologia di rapporto, il cliente stipula un contratto di mutuo fondiario per un importo identico alla "*somma sottoscritta*"; i due contratti sono teleologicamente collegati ma distinti, ed a riprova di ciò, è solitamente previsto contrattualmente che la stipula del contratto di risparmio edilizio sia un prerequisito per la stipula del contratto di mutuo fondiario.

Su tale mutuo immediato il cliente non pagherà, per tutta la sua durata, alcuna rata di ammortamento bensì soltanto interessi al tasso convenuto; per contro, nel corso di tutta la durata del mutuo immediato, il cliente continuerà a versare all'Intermediario le rate di accumulo relative al contratto di risparmio edilizio, che confluiranno nella "*somma di risparmio*".

Una volta raggiunte le condizioni per l'assegnazione del mutuo ai sensi del contratto di risparmio edilizio, la "*somma di risparmio*" accumulata ai sensi del contratto di risparmio edilizio, anziché essere messa a disposizione del cliente (come avverrebbe in un contratto di risparmio edilizio "*puro*"), andrà, se necessario, ad estinguere parzialmente il mutuo immediato già erogato al cliente, mentre per la restante quota il mutuo immediato sarà estinto mediante il mutuo di assegnazione.

2. Il "Diritto di stipula"

Il contratto "*tipo*" di "*risparmio edilizio*", il quale, si ricorda, mutua i propri istituti essenziali dal modello tedesco, prevede che al momento della stipulazione del contratto di "*risparmio edilizio*" maturi il "*diritto di stipula*" a carico del risparmiatore che ammonta ad una data percentuale della somma sottoscritta.

Ai sensi del contratto "*tipo*" di "*risparmio edilizio*", l'Intermediario non è tenuta alla restituzione, neppure parziale, del diritto di stipula in caso di recesso (da parte del consumatore) dal contratto di risparmio edilizio, né in caso di riduzione della somma di risparmio, né in caso di rinuncia totale o parziale al mutuo di assegnazione.

La natura e la funzione del "diritto di stipula" (in lingua tedesca "*Abschlussgebühr*" - traduzione letterale: *Abschluss* = sottoscrizione *Gebühr* = "importo da pagare a fronte di un servizio"/"commissione" (locuzione che è stata convenzionalmente tradotta in italiano come "diritto di stipula") - trovano descrizione nel contratto "*tipo*" di "*risparmio edilizio*".

E segnatamente, il "diritto di stipula" rappresenta una delle "*Voci di costo*" ed, in particolare, le "*Spese per l'apertura del conto*".

3. Rassegna delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario.

3.1. segue: Natura dell'ABF.

L'articolo 128-*bis* del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (di seguito, per brevità, il "TUB"), introdotto dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262, nel quadro delle iniziative promosse dall'Unione Europea in materia di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, impone agli intermediari bancari e finanziari di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i clienti, rimettendo a una delibera del CICR, su proposta della Banca d'Italia, la definizione dei criteri di svolgimento delle procedure e di composizione dell'organo decidente.

La deliberazione del CICR del 29 luglio 2008, n. 275 ha dettato la disciplina dei nuovi sistemi stragiudiziali, delineandone il campo di applicazione, la struttura, le regole fondamentali di svolgimento della procedura. Il sistema di risoluzione stragiudiziale che qui rileva è denominato Arbitro Bancario Finanziario (ABF).

Alla Banca d'Italia sono affidati compiti di carattere normativo per l'emanazione delle disposizioni applicative.

L'adesione all'organismo, ai sensi del combinato disposto degli articoli 115 e 128-*bis* del TUB, è obbligatoria per le "banche" e gli "intermediari finanziari" che svolgono attività "nel territorio della Repubblica". E' da intendersi per "banca", senza riguardo allo Stato di insediamento, "l'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria" [cfr. art. 1, comma 1, lett. b) del TUB].

All'ABF possono essere sottoposte controversie relative a operazioni e servizi bancari e finanziari; di converso, "(s)ono escluse le controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del TUB ai sensi dell'articolo 23, comma 4, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58"² (cfr. Sez. I, punto 4, "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" emanate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009 ed aggiornate il 13 novembre 2012).

Ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, "(c)hi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di (...) contratti assicurativi, bancari e finanziari, e' tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilita' della domanda giudiziale".

Ai sensi della Sez. IV, punto 4, delle Disposizioni del 18 giugno 2009, laddove l'ABF decida di accogliere il ricorso del cliente e "risulti l'inadempimento dell'intermediario (...) la segreteria tecnica ne informa il collegio; ove quest'ultimo accerti l'inadempimento, ne viene data notizia (...).

² L'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 esclude l'applicazione del titolo VI del TUB ai servizi e alle attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-*bis* ovvero della parte IV, titolo II, capo I, del medesimo decreto legislativo. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del TUB.

La notizia dell'inadempienza dell'intermediario o della sua mancata cooperazione è pubblicata sul sito internet dell'ABF e, a cura e spese dell'intermediario, in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale. Nel caso in cui sia stata comunicata la sottoposizione della controversia all'Autorità giudiziaria, ne viene fatta menzione in sede di pubblicazione".

3.2. segue: Rassegna delle decisioni

L'ABF, a far data dall'anno 2011, ha deciso numerosi ricorsi aventi ad oggetto i contratti di risparmio edilizio.

Elemento centrale dei reclami (prima) e dei ricorsi (nella fase successiva) all'ABF da parte dei clienti è rappresentato dalla contestazione del diritto di ritenzione, da parte degli Intermediari, del c.d. "*diritto di stipula*".

La Decisione del 29 luglio 2011, n. 1673, emanata dal Collegio di Roma, ha disconosciuto, per prima, attraverso un'ampia esegesi del "*diritto di stipula*", il diritto di ritenzione da parte dell'Intermediario; tale conclusione è stata integralmente ripresa dalle successive Decisioni dell'ABF.

La Decisione n. 1673/2011, in particolare - nel riconoscere che "*(l)a disciplina tipica del contratto di Bausparvertrag, che la finanziaria invoca al fine di dimostrare la correttezza del proprio operato, prevede, inter alia, che il cliente-aspirante mutuatario (Bausparer), all'atto della sottoscrizione del contratto, abbia l'obbligo di versare una somma a titolo di "diritto di stipula" in favore del finanziatore (...)*" e nel prendere atto che "*(l)a medesima disciplina, nei casi di recesso e in ogni altro caso di scioglimento anticipato del vincolo contrattuale, esclude inoltre la possibilità, per il cliente, di vedersi restituito l'importo così corrisposto*" - giunge alla conclusione secondo cui "*(u)na simile previsione risulta (...) in contrasto con la disciplina inderogabile di diritto interno, dettata in particolare a tutela del consumatore*".

Secondo il Collegio "*(i)l versamento del diritto di stipula (...) appare infatti sostanzialmente assimilabile ad una penale: da un lato, ne è escluso il rimborso nei casi di recesso da parte del cliente, e, dall'altro, tale onere risulta privo di autonoma giustificazione causale, non trovando la propria contropartita in alcuna prestazione o servizio resi dall'intermediario in favore del cliente.*

Al riguardo deve osservarsi come nel nostro ordinamento, e alla luce della recente evoluzione normativa, costituisca un principio inderogabile quello secondo cui il cliente può recedere dai contratti di durata senza penalità e spese (cfr. art. 10 comma 2 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, successivamente trasfuso nell'art. 120-bis del t.u. bancario introdotto dal d.lgs. 141 del 13 agosto 2010). Tale principio, inoltre, è oggi espressamente sancito, anche con riferimento ai mutui, dall'art. art. 120-ter del TUB, che riproduce l'art. 7 della Legge n. 40/2007, cd. "Legge Bersani bis", in vigore all'epoca dei fatti, che prevede la nullità di qualunque patto o clausola, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui «si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o ad altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui [...] per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche».

Ulteriormente, anche il Codice del consumo qualifica come vessatorie, inter alia, le clausole che consentono al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore, se questi recede dal contratto, senza prevedere il diritto del consumatore di



esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta, se è quest'ultimo a recedere (art. 33, lett. e, D.lgs. 205/2006).

Ciò posto, è evidente come le previsioni contrattuali in contestazione, che in caso di recesso escludono la restituzione dell'importo versato a titolo di diritto di stipula, risolvendosi in una sostanziale limitazione della libertà di recesso spettante al cliente, si pongano in contrasto con i principi sopra indicati, e non possano pertanto trovare applicazione. La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, concernente la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (ratificata dall'Italia con Legge 975/2984), infatti, espressamente prevede che nei casi in cui il contratto sia assoggettato, per scelta delle parti, ad una legge straniera (come nel caso di specie, la legge tedesca), tale circostanza non possa "recare pregiudizio" alle norme interne non derogabili dall'autonomia privata (le cd. disposizioni imperative: v. art. 3 della Convenzione) – tra le quali si pongono, come detto, anche i principi posti dall'art. 120-ter del Testo Unico Bancario, sopra citato.

In tal senso, invero, questo Collegio ha già avuto modo di evidenziare, in altra precedente pronuncia, la necessità che le operazioni di finanziamento ora in esame, pur se complesse e strutturate secondo lo schema del contratto di "risparmio edilizio", non si sottraggano alle "norme inderogabili [interne] poste a tutela dell'interesse dei consumatori, quali quelle di cui al citato decreto Bersani": "diversamente ragionando", si è osservato, "si verrebbe a privare il consumatore della possibilità di esercitare diritti che la legge gli riconosce, consentendo in sostanza alla banca di aggirare la disciplina che non realizzi appieno i suoi interessi" (Coll. Roma, dec. 262/10 del 21.4.10)³.

Ulteriormente, a conferma dell'illegittimità della previsione contrattuale in considerazione, che in caso di disdetta esclude il rimborso del diritto di stipula, milita la circostanza per cui, come accennato, tale importo non pare trovare giustificazione in alcun servizio reso dall'intermediario, di cui in ipotesi si porrebbe come corrispettivo.

Deve dunque escludersi la legittimità delle richiamate clausole, le quali, ponendo a carico del cliente un onere non giustificato e destinato ad essere definitivamente trattenuto dall'intermediario nei casi di recesso del cliente stesso dal contratto, risultano in contrasto con la normativa inderogabile dell'ordinamento nazionale.

Né, d'altro canto, il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, e il correlativo dovere del giudice di corrispondere alla domanda presentata (v. art. 112 c.p.c.), appaiono, nella specie, impedire al Collegio l'accertamento dell'illegittimità del menzionato onere a carico del ricorrente e l'accoglimento della pretesa restitutoria da quest'ultimo avanzata. In senso difforme da quanto affermato dall'Arbitro Bancario Finanziario in altra fattispecie analoga (cfr. Collegio di Napoli, dec. 673/2011, citata), questo Collegio ritiene che, nel caso in esame, avuto riguardo al risultato sostanziale perseguito dal ricorrente con il proprio ricorso, la mancata puntuale invocazione da parte di quest'ultimo della natura di "penale" del diritto di stipula posto a suo carico non precluda all'Arbitro Bancario e Finanziario di qualificare nei suddetti termini tale prestazione, e ritenere così illecita, in quanto non conforme all'ordinamento interno, la corrispondente previsione contrattuale.

Alla luce delle allegazioni del ricorrente, emerge invero come la prestazione posta a suo carico sia non solo contraria alla normativa inderogabile di diritto interno, ma sia in ogni caso priva di causa debendi, e dunque ripetibile secondo i principi in materia di

³ La Decisione del Collegio di Roma del 21 aprile 2010, n. 262 ha, in verità, ad oggetto una fattispecie non assimilabile al contratto di "risparmio edilizio" (e segnatamente la surrogazione di un mutuo contratto dal cliente con una banca diversa dall'Intermediario controparte).



indebito oggettivo (ex art. 2033 c.c.: "chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda").

Ciò posto, appare inoltre meritevole di censura la carenza di chiarezza e trasparenza delle condizioni di contratto predisposte dall'intermediario. Ciò, unitamente alla condotta ambigua tenuta dal rappresentante di quest'ultimo, risulta contrario ai generali principi di buona fede e correttezza cui devono essere improntati i rapporti tra intermediari e clientela (cfr. Collegio di Roma, dec. 1434/10 del 6.12.10)"

La Decisione del Collegio di Roma dell'8 novembre 2013, n. 5686, riunisce le principali argomentazioni utilizzate in materia dell'ABF e ne introduce di nuove: "(i)l Collegio, ritenendo di non doversi discostare dalla linea interpretativa come sopra enunciata [ndr: Decisione n. 1673/2011], ritiene altresì opportuno sottolineare la complessità della fattispecie negoziale di cui trattasi, la quale non è assimilabile a un contratto di credito, posto che non è dato rinvenire, sulla base dello schema pattizio, uno specifico impegno della banca a concedere il credito. Nella "seconda fase" dell'istituto in esame la concessione (o "assegnazione") del credito resta, infatti, subordinata a una valutazione assolutamente discrezionale dell'intermediario, che si riserva una verifica sulla sussistenza di determinate condizioni non sindacabili dal cliente. D'altra parte, risulta che l'ammontare del finanziamento sarà composto almeno in parte dalle somme "accumulate" dallo stesso cliente interessato alla concessione del mutuo. In questa realtà negoziale, certamente atipica, la qualificazione giuridica della c.d. "prima fase" del rapporto può individuarsi in un deposito finalizzato alla concessione del mutuo, che rappresenta tuttavia un evento futuro e incerto, per cui in definitiva si concreta in un contratto a tempo indeterminato.

Ciò posto, è difficile sostenere che le indicazioni fornite dalla banca in sede precontrattuale sul c.d. "diritto di stipula" assolvano al dovere di informazione prescritto dalle norme di legge che regolano le operazioni e i servizi bancari e finanziari (nonché dalle disposizioni, emanate dalla Banca d'Italia, sulla Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti), che rispondono al fine di rendere il cliente consapevolmente edotto, in modo chiaro e in equivoco, delle obbligazioni che sta per assumere. Le informazioni dovute secondo la vigente normativa riguardano, in effetti, "i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti" (art. 116, comma 1, TUB). Nella specie, invece, come è stato osservato, "nulla è detto, nell'ambito dell'accordo, in ordine alla natura di tale prestazione. In particolare, manca ogni indizio testuale teso a prefigurare la stessa quale commissione versata al procacciatore d'affari [o comunque a intermediari del credito, nota del Collegio] per l'attività resa. La ricostruzione postuma effettuata nelle controdeduzioni risulta perciò, per un verso, inopponibile ai clienti che hanno fatto legittimo affidamento sui contenuti dell'accordo; per altro verso ininfluenza ai fini della sua interpretazione e qualificazione giuridica" (cfr. la Decisione n. 2504 del 6/5/2013; nello stesso senso, si veda la Dec. n.2160 del 22/4/2013)".

Rilievo assume, altresì, la Decisione del Collegio di Napoli, 21 novembre 2013, n. 5973, posto che, a giudizio del Collegio, "(a)nche a non volere considerare senz'altro decisiva l'assimilazione del "diritto di stipula" ad una (vietata) penalità (secondo la ricostruzione del Collegio di Roma, n. 3187/2013), è da considerare che nella contrattualistica agli atti non si rinvencono altri richiami al diritto di stipula. Se ne deduce come al mutuatario non venga in alcun modo spiegata la finalità di tale commissione, né, per la sua inammissibile



deroga a disposizione imperativa, è decisivo il disposto del su riportato comma 3 dell'art. 1 delle c.g.c. a giustificare, per il mutuatario, la non restituzione del relativo importo. Quel che va sottolineato, proprio in termini di deficit di trasparenza e correttezza, è l'assenza di ogni delucidazione circa la natura della prestazione retribuita dalla commissione in esame. Manca, insomma, ogni indizio testuale che prefiguri la stessa quale commissione versata al procacciatore d'affari per l'attività resa, ovvero come una sorta di fee a fondo perduto per entrare nella "comunità dei risparmiatori": la ricostruzione postuma effettuata in tal senso dall'intermediario nelle controdeduzioni non può valere per il ricorrente, il quale ha piuttosto fatto affidamento sui principi di trasparenza e quindi, al di là del comportamento tenuto dal procacciatore d'affari nel chiarirgli la situazione, sul suo pieno diritto alla restituzione di quanto pagato per ottenere la stipula (in tal senso depono anche il nome attribuito alla commissione) di un mutuo che non si sarebbe più realizzata.

A ragione di un comportamento e di una modulistica non trasparenti, nel senso di non risultare in grado di rendere consapevole il cliente della natura e delle funzioni del "diritto di stipula", se non nei limiti dell'ambiguo tenore letterale della sua denominazione, il Collegio (ribadendo, del resto, quanto affermato anche nella decisione n. 2504/2013 e, prima ancora, nella n. 673/2011, con la quale si era appunto stigmatizzata "l'estrema opacità informativa" del contratto di risparmio edilizio) accoglie il ricorso e ritiene l'intermediario tenuto alla restituzione (al ricorrente recedente) di quanto incassato a titolo di "diritto di stipula" a fronte del mutuo non più erogato".

4.3. segue: Le argomentazioni dell'ABF.

L'ABF - pur avendo in una decisione prospettato "la complessità della fattispecie negoziale di cui trattasi, la quale non è assimilabile a un contratto di credito, posto che non è dato rinvenire, sulla base dello schema pattizio, uno specifico impegno della banca a concedere il credito", tant'è che, "(n)ella "seconda fase" dell'istituto in esame la concessione (o "assegnazione") del credito resta, infatti, subordinata a una valutazione assolutamente discrezionale dell'intermediario, che si riserva una verifica sulla sussistenza di determinate condizioni non sindacabili dal cliente", di talché "(i)n questa realtà negoziale, certamente atipica, la qualificazione giuridica della c.d. "prima fase" del rapporto può individuarsi in un deposito finalizzato alla concessione del mutuo, che rappresenta tuttavia un evento futuro e incerto, per cui in definitiva si concreta in un contratto a tempo indeterminato" (cfr. ABF, Collegio di Roma, dec. 8 novembre 2013, n. 5686) - nelle diverse decisioni che hanno riguardato il "contratto di mutuo edilizio" sostiene, in sintesi e senza poi ritornare sulla natura giuridica dell'istituto e altresì sulla circostanza che sia o meno a tempo determinato o indeterminato, che:

(i) il "diritto di stipula" sarebbe assimilabile ad una penale e, in quanto tale, vietato ai sensi degli artt. 120-bis, 120-ter del TUB e 33, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 206/2005;

(ii) il "diritto di stipula" rilevrebbe, altresì, "in termini di deficit di trasparenza e correttezza, (posta) l'assenza di ogni delucidazione circa la natura della prestazione retribuita dalla commissione in esame. Manca, insomma, ogni indizio testuale che prefiguri la stessa quale commissione versata al procacciatore d'affari per l'attività resa, ovvero come una sorta di fee a fondo perduto per entrare nella "comunità dei risparmiatori" (cfr. la Decisione n. 5973/2013, cit.);

(iii) il "diritto di stipula" sarebbe, in ogni caso, privo di causa debendi; di qui la sua ripetibilità in applicazione dei principi in materia di indebito oggettivo (cfr. Dec. n. 1673/2011, cit.);

(iv) che, sebbene il contratto sia assoggettato per scelta delle parti ad una legge straniera (e, segnatamente, alla legge tedesca), ad esso trova comunque applicazione la legge italiana, posto che il "diritto di stipula" recherebbe pregiudizio alle norme interne non derogabili dall'autonomia privata *"tra le quali si pongono (...) anche i principi posti dall'art. 120-ter del Testo Unico Bancario"* (cfr. Dec. n. 1673/2011, cit.).

4. Mancata riconducibilità del "diritto di stipula" alla c.d. "clausola penale"

Ai sensi dell'art. 120-bis del TUB, *"(i)l cliente ha diritto di recedere in ogni momento da un contratto a tempo indeterminato senza penalità e senza spese. (...)"*.

Quanto, poi, all'art. 120-ter del TUB, tale disposizione prevede la nullità di *"qualunque patto o clausola, anche posteriore alla conclusione del contratto, con il quale si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o ad altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui (...) per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari (...)"*.

Infine, a mente dell'art. 33, commi 1 e 2, lett. e), del d.lgs. n. 206/2005 (c.d. "Codice del consumo"), *"1. Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie [e quindi colpite da nullità] le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto."*

2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: (...) e) consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere".

Le fattispecie richiamate sono, dunque, accomunate dalla facoltà, per l'intermediario, di trattenere o imporre al cliente una compensazione, una penale ovvero una spesa in caso di mancata conclusione del contratto, recesso dal contratto o comunque estinzione anticipata del contratto.

L'ordinamento italiano prevede tre distinti istituti che potrebbero trovare applicazione nei casi in esame.

(i) La c.d. "clausola penale", ex art. 1382 c.c., secondo cui *"1. La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore."*

2. La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno".

(ii) La c.d. "caparra confirmatoria", ex art. 1385 c.c., ai sensi del quale *"1. Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta. 2. Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra (...)"*.

(iii) La c.d. "caparra penitenziale", ex art. 1386 c.c., secondo il quale *"1. Se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso. 2. In questo caso, il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuta"*.

Con riguardo alla "clausola penale", la dottrina ha chiarito che con la stessa "*il creditore [può] concordare preventivamente con il debitore una soluzione pattizia, stipulando una clausola penale, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il debitore senza doverne provare la gravità e senza necessità della messa in mora (...) sarà tenuto ad una certa prestazione, a carattere patrimoniale (...). Secondo l'art. 1382 tale pattuizione ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, salvo che sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore, perché allora l'intero danno dovrà essere provato nel suo ammontare. (...) La funzione della penale sarebbe, secondo taluni, quella di spingere il debitore ad adempiere e quindi essa avrebbe sempre carattere sanzionatorio. Ma è più corretto parlare di preconstituzione pattizia della liquidazione di un danno (...)*" (cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, X edizione, 2003, pag. 632)⁴.

Nella clausola in esame, l'inadempimento ovvero il ritardo nell'adempimento da parte del debitore è dunque elemento essenziale dell'istituto.

Per contro, nel caso in esame, il "diritto di stipula" viene trattenuto dall'Intermediario a fronte delle spese per l'apertura del conto di "Risparmio edilizio" e la corresponsione del "diritto di stipula" non è in alcun modo collegata all'inadempimento o al ritardo nella prestazione da parte del cliente.

Analogamente, con riferimento all'istituto della "caparra confirmatoria", lo stesso non trova applicazione al "diritto di stipula" in quanto, anche in questo caso, la norma in commento prevede che:

- se la parte che ha versato la somma a titolo di caparra adempie al contratto, allora la caparra viene, alternativamente, restituita oppure imputata alla prestazione dovuta all'altra parte; il che, pacificamente, non avviene con riferimento al contratto di specie, in cui le parti hanno chiaramente pattuito che il diritto di stipula non viene restituito, né imputato alle rate di rimborso del mutuo di assegnazione, neppure nel caso in cui il contratto di "Risparmio edilizio" prosegua per tutta la sua durata prevista;

- se la parte che ha dato la caparra diviene inadempiente, l'altra parte ha la facoltà di recedere dal contratto, trattenendo la caparra ricevuta; ipotesi che, ancora una volta, non ha alcuna attinenza con il contratto di "Risparmio edilizio", in cui la mancata restituzione del diritto di stipula, espressamente pattuita tra le parti, prescinde da qualsivoglia inadempimento da parte del cliente⁵.

Da ultimo, neppure è possibile ricondurre l'istituto del "diritto di stipula" alla figura della "caparra penitenziale": "(i)n questo caso la somma versata a titolo di caparra ha soltanto la funzione di corrispettivo di un diritto di recesso convenzionale che le parti possono riservarsi ai sensi dell'art. 1373 cod. civ.: vale a dire che chi ha versato la caparra

⁴ Si cfr. ad esempio la posizione che segue: "È chiara la funzione che la clausola in esame tende a svolgere: sapendo che in caso di inadempienza dovrà senz'altro pagare l'intera somma stabilita dal contratto a titolo di penale, la parte a cui carico la penale è prevista sarà sollecitata a non rendersi inadempiente, e perciò si dice che la clausola ha una funzione rafforzativa del vincolo contrattuale" (Cfr. TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XIX Edizione, 2009, pag. 562).

⁵ In particolare: "(l)a caparra, una volta eseguito il contratto, deve essere restituita, ovvero imputata, a titolo di acconto, sul prezzo. Ove, però, la parte che ha dato la caparra si rendesse inadempiente agli obblighi assunti, l'altra parte può scegliere se recedere dal contratto, trattenendo in tal caso definitivamente la caparra ricevuta, a titolo di risarcimento del danno (si tratta di un recesso con funzione di autotutela); ovvero preferire l'esecuzione del contratto o la sua risoluzione, in conformità alle regole generali (§ 350), ma pure sempre trattenendo la caparra come anticipo e garanzia del suo credito o del diritto al risarcimento dei danni subiti (...)" (art. 1385, commi 2 e 3, cod. civ.)" (Cfr. TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 564).

può decidere di esercitare la facoltà di recedere dal contratto, « perdendo la caparra, che rimane definitivamente acquisita dall'altra parte, ed il contratto è senz'altro sciolto, senza che la controparte possa pretendere altro"⁶.

E' difatti evidente che il "diritto di stipula" non ha affatto la funzione di corrispettivo per il recesso esercitato dal cliente; tant'è che la somma corrisposta a titolo di diritto di stipula non viene in nessun caso restituita al cliente, neppure nel caso in cui quest'ultimo non eserciti alcuna facoltà di recesso dal contratto stipulato con l'Intermediario.

4.1. segue: l'istituto del diritto di stipula nella giurisprudenza tedesca

Come noto, la nozione di "risparmio edilizio" è nata e si è sviluppata nell'ambito del diritto tedesco (diritto quest'ultimo, applicabile al Contratto, vedi *infra*) ed è nella giurisprudenza tedesca che si possono cogliere spunti importanti in materia di "diritto di stipula".

In via preliminare, va precisato che nell'ordinamento tedesco l'articolo 307 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Codice civile tedesco, di seguito, per brevità, il "BGB") dispone quanto segue: "(1) *Le disposizioni contenute nelle condizioni generali di contratto sono invalide se, in violazione del principio della buona fede, svantaggiano in modo indebito la controparte contrattuale di chi le utilizza. Uno svantaggio indebito può risultare anche dal fatto che la disposizione non è chiara e comprensibile.*

(2) *In caso di dubbio, si deve ammettere un indebito svantaggio qualora una disposizione:*

1. *non sia compatibile con le idee fondamentali della normativa di legge da cui essa si discosta;*

2. *limiti i diritti o gli obblighi essenziali risultanti dalla natura del contratto in maniera tale che la realizzazione dello scopo contrattuale sia minacciata.*

3. *I paragrafi 1 e 2 e gli articoli 308 e 309 si applicano solo per le disposizioni contemplate nelle condizioni generali di vendita con le quali vengano convenute discipline in deroga a disposizioni legislative o che le integrino. Disposizioni diverse possono essere inapplicabili ai sensi del paragrafo 1, seconda frase, in combinato disposto con il paragrafo 1, prima frase".*

Trattasi, come si vede, di disposizione volta a tutelare il contraente debole, chiaramente assimilabile al disposto di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 206/2005.

Ciò premesso, la giurisprudenza tedesca ha chiarito che, lungi dall'essere una "penale", "(1) *la commissione di stipulazione rientra in un compenso globale per una prestazione della cassa di risparmio edilizio (...)*" e rappresenta, anzi, "*una sorta di compenso di ammissione o commissione di ingresso (...)*" (cfr. Tribunale di Heilbronn, 12 marzo 2009, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 25-26/2009).

5. In ordine alla durata del contratto di risparmio edilizio.

Ai sensi del contratto "*tipo*" di "*risparmio edilizio*", qui in esame, "(i) *il risparmiatore stipula il contratto di Risparmio Edilizio per una determinata somma, la cosiddetta somma di risparmio. Quando la resa del risparmio (ammontare del risparmio accumulato e periodo di risparmio) si trova in congruo, contrattualmente precisato, rapporto con la resa del*

6 Cfr. TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 566.

mutuo (ammontare del mutuo, durata del mutuo e tasso del mutuo) il contratto [di mutuo] viene assegnato".

Il successivo art. 4, comma 2, del contratto di risparmio edilizio stabilisce le modalità di calcolo della data di assegnazione: "(l)a Cassa procede all'assegnazione ogni primo giorno del mese (...). "(A)l fine di determinare i contratti da assegnare la Cassa procede nel seguente modo:

a) *Le date di assegnazione che ricadono nello stesso trimestre sono unite in un unico periodo di assegnazione. Ad ogni periodo di assegnazione corrisponde una data di valutazione: 1. trimestre: il 30.09 dell'anno precedente, 2. trimestre: il 31.12 dell'anno precedente, 3. trimestre: il 31.03 dell'anno corrente, 4. trimestre: il 30.06 dell'anno corrente.*

b) *Alle date di valutazione viene determinata la cifra di valutazione. Quest'ultima viene calcolata dalla resa di risparmio moltiplicata per il fattore di valutazione e divisa per la resa del mutuo. La resa del risparmio è la somma dei saldi (...) maggiorata del risparmio accumulato alla data di valutazione. (...) La resa del mutuo è determinata dal mutuo di riferimento (vale a dire dalla differenza fra somma sottoscritta e risparmio accumulato alla data di valutazione (...)) moltiplicato per la durata del mutuo di riferimento espresso in anni (in conformità all'importo d'ammortamento come stabilito nell'art. 11, 2 comma e al tasso d'interesse del 3,75%). La somma dei saldi è arrotondata a 1, la durata dell'ammortamento e la cifra di valutazione a centesimi. La cifra di valutazione viene calcolata secondo la seguente formula:*

$$\frac{\text{Somma dei saldi + risparmio accumulato}}{\text{mutuo di riferimento} \times \text{periodo d'ammortamento}} \times \text{fattore di valutazione}$$

Il risparmiatore può, mediante comunicazione scritta, modificare l'importo di ammortamento ai sensi dell'art. 11, 2 comma. Ciò comporta che la cifra di valutazione sarà nuovamente calcolata. Di conseguenza il contratto di Risparmio Edilizio può essere assegnato al più presto nel periodo d'assegnazione determinato dalla data di valutazione (...) che risulta a seguito della comunicazione di modifica".

Da quanto qui riportato sembra doversi, per un verso, ritenere corretta la posizione dell'ABF secondo cui "la qualificazione giuridica della c.d. "prima fase" del rapporto [c.d. contratto di risparmio edilizio] può individuarsi in un deposito finalizzato alla concessione del mutuo, che rappresenta tuttavia un evento futuro e incerto", per altro verso, non condivisibile l'affermazione secondo cui "in definitiva (il contratto di deposito) si concreta in un contratto a tempo indeterminato" (cfr. Collegio di Roma, dec. 8 novembre 2013, n. 5686).

La data di assegnazione del contratto di mutuo, come precisato, viene determinata per mezzo di una formula matematica, e per effetto di ciò è determinata ed è conoscibile - *a priori* - dal cliente. La posticipazione della data di assegnazione, del tutto eventuale, è legata ad eventi non prevedibili al momento della stipula del contratto, quali, a titolo di esempio, la richiesta di modifica, da parte del cliente dell'importo di ammortamento.

Il contratto di risparmio edilizio prevede, dunque, un termine per l'assegnazione e perciò anche, sebbene condizionato, per l'erogazione del mutuo; termine, questo, che, sebbene non esplicitato nel contratto medesimo, è predeterminato e conoscibile dal cliente.

6. In ordine alla "causa debendi"

La natura e la funzione del "diritto di stipula", come *supra* chiarito (cfr. punto 3), trovano descrizione nel contratto "tipo" di "risparmio edilizio".

E segnatamente, il "diritto di stipula" rappresenta una delle "Voci di costo" ed, in particolare, le "Spese per l'apertura del conto".

Peraltro, come ampiamente illustrato dalla dottrina di lingua tedesca, "(1) *a particolarità del sistema di risparmio consiste nelle modalità di rifinanziamento dei mutui di risparmio edilizio. Le disponibilità vengono fornite dai risparmiatori edilizi, (...) esse sono costituite dai depositi dei nuovi risparmiatori edilizi acquisiti e dai versamenti a titolo di interessi e di ammortamento dei risparmiatori edilizi che hanno già ottenuto un mutuo (...). A seguito di questa particolare forma di rifinanziamento, le casse di risparmio edilizio dipendono in misura considerevole dalle nuove operazioni (...). In pratica, la commissione di stipulazione serve a coprire gli elevati costi di acquisizione e mantenimento, perché le casse di risparmio edilizio inoltrano le commissioni di stipulazione incassate ad agenti commerciali autonomi a titolo di provvigioni (...)*" (cfr. Tribunale di Heilbronn, 12 marzo 2009, cit.).

A tale proposito, la relazione ufficiale del Parlamento Tedesco alla riforma del 1991 alla legge sulle casse di risparmio edilizio, ha espressamente previsto che "(i) *n considerazione della necessità di un accesso continuo ai contratti di risparmio edilizio è importante che le casse di risparmio edilizio che acquisiscono nuovi clienti possano coprire i costi connessi alla conclusione di tali contratti mediante i proventi derivanti dall'applicazione di oneri bancari*".

Dal che discende, inequivocabilmente, che il diritto di stipula ha anche una sua precisa "funzione economica", senz'altro meritevole di tutela.

A tale ultimo proposito, va precisato che il "diritto di stipula" ha la funzione precipua di remunerare, sotto forma di provvigione, l'attività svolta dagli agenti dell'Intermediario.

Ma non solo.

Il versamento del "diritto di stipula" ha poi una *causa debendi* ulteriore rispetto alla provvigione agli agenti, e cioè la prestazione, da parte dell'Intermediario, di una serie di servizi che sono parte integrante del contratto di risparmio edilizio: le spese per l'apertura del conto, il calcolo del piano di risparmio (assimilabile, per quanto qui rileva, ad una istruttoria di fido).

Proprio a tale ultimo riguardo, si sottolinea che l'ABF, ha avuto modo di riconoscere implicitamente la legittimità, nel caso di conclusione del contratto e perciò fuori dalla fase precontrattuale, di commissioni per l'istruttoria del fido. Ed infatti, "(q) *uesto Collegio ha già a più riprese chiarito come, nella fase precontrattuale - in assenza di un diverso esplicito accordo - ciascuna parte sia chiamata a sopportare le spese, senza poter pretendere dall'altra parte alcuna somma a titolo di rimborso spese e/o di penale per il caso di legittimo recesso dalla trattativa (...). Né sembra che il foglio informativo (...) possa configurare un valido titolo per trattenere la somma, giacché esso è chiaramente riferito alla commissione (pari all'1% dell'importo finanziato) dovuta per l'intera istruttoria di fido nel caso di conclusione del contratto. (...)*" (cfr. Collegio di Milano, 30 gennaio 2014, n. 557).

Da tali decisioni sembra quindi potersi desumere, a contrario, che, fuori dalla fase precontrattuale, sia legittima la previsione pattizia della corresponsione, a favore dell'Intermediario, di una somma a titolo di rimborso spese.

In considerazione di quanto precede, dunque, appare senz'altro errato ricondurre il "diritto di stipula" alla figura dell'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 c.c., attesa, nella specie, l'esistenza di una causa giustificativa.

6.1. segue: in ordine alla asserita carenza di trasparenza.

Fermo tutto quanto sinora esposto, si rileva la palese infondatezza anche della censura circa la carenza di trasparenza sulle condizioni contrattuali praticate dall'Intermediario.

Invero, come si evince dal contenuto del contratto "tipo" di "risparmio edilizio", sono puntualmente e pienamente ottemperati gli obblighi di trasparenza e di informativa previsti dal nostro ordinamento, i quali possono essere così fondamentalmente riassunti:

- *"Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, e' pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non puo' essere fatto rinvio agli usi."* (cfr. art. 116 del TUB);

- *"1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare e' consegnato ai clienti. (...) 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto e' nullo. 4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. (...) 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonche' quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni piu' sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati."* (cfr. art. 117 del TUB);

- obbligo di unire ai contratti un "documento di sintesi", che riporti le principali condizioni della tipologia di contratto prescelta (par. 7, Sezione II, Prov. Banca d'Italia, 20 giugno 2012, recante *"Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari - correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti"*).

Tanto chiarito circa il contenuto degli obblighi di trasparenza gravanti sull'Intermediario, con riferimento al caso che ci occupa si è visto che il contratto "tipo" di "risparmio edilizio" prevede espressamente che: *"(a)l momento della stipulazione del contratto di Risparmio edilizio matura il diritto di stipula a carico del risparmiatore che ammonta all'1% della somma sottoscritta. E' in capo al risparmiatore il versamento di detto diritto di stipula contestualmente alla sottoscrizione della richiesta di stipulazione del contratto di Risparmio Edilizio. Qualora tale versamento non venisse effettuato, i primi versamenti effettuati dal risparmiatore saranno compensati con il diritto di stipula ancora dovuto"*.

Anche la prima pagina del contratto di risparmio edilizio, specifica chiaramente che il perfezionamento del contratto è subordinato, tra l'altro, alla condizione dell'*"avvenuto versamento del diritto di stipula da parte del richiedente ex art. 1 comma 2 delle Condizioni Generali di Contratto"* (previsione ribadita alla seconda pagina del contratto, *sub par. 2, "indicazioni tariffarie"*).

Il successivo comma 3 precisa che *"(i)l diritto di stipula non verrà restituito, neppure parzialmente, né ridotto, né in caso di disdetta del contratto di risparmio edilizio, né in caso di riduzione della somma di risparmio, né in caso di rinuncia totale o parziale al mutuo di assegnazione"*.

Da ultimo, il documento di sintesi relativo al contratto di risparmio edilizio:

- indica il "diritto di stipula, pari all'1% della somma contrattualmente sottoscritta, detta <somma di risparmio> (art. 1 n. 2 condizioni generali di contratto" è una delle "Voci di costo" e rappresenta le "Spese per l'apertura del conto".

Alla luce della descritta documentazione contrattuale, non si vede come si possa sostenere che la disciplina del "diritto di stipula" si ponga in violazione della normativa vigente nazionale in materia di trasparenza bancaria.

7. L'accoglimento nell'ordinamento italiano del contratto di diritto tedesco

Ai sensi della prima pagina del Contratto, il cliente dichiara di "essere a conoscenza e di accettare che al (...) Contratto di Risparmio Edilizio (...) si applichi il diritto tedesco e in particolare la legge tedesca che disciplina il Risparmio Edilizio (...)".

Con riguardo alle obbligazioni contrattuali transnazionali, come correttamente individuato dall'ABF (cfr. *supra* par. 4.2.), trova applicazione la "Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali" (di seguito, per brevità, la "Convenzione").

Ai sensi dell'art. 3, commi 1 e 3, della Convenzione, "1. Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso. (...)

3. La scelta di una legge straniera (...) non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate «disposizioni imperative». (...)".

Ai sensi del successivo art. 5, commi 1 e 2, "1. Il presente articolo si applica ai contratti aventi per oggetto la fornitura di beni mobili materiali o di servizi a una persona, il consumatore, per un uso che può considerarsi estraneo alla sua attività professionale, e ai contratti destinati al finanziamento di tale fornitura.

2. In deroga all'articolo 3, la scelta ad opera delle parti della legge applicabile non può aver per risultato di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente:

- se la conclusione del contratto è stata preceduta in tale paese da una proposta specifica o da una pubblicità e se il consumatore ha compiuto nello stesso paese gli atti necessari per la conclusione del contratto (...)".

Da ultimo, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione, "1. Nell'applicazione, in forza della presente convenzione, della legge di un paese determinato potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione.

2. La presente convenzione non può impedire l'applicazione delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto".

Ciò premesso, è evidente che, nel caso di specie, il Contratto, ai sensi degli articoli richiamati, può essere regolato dalla legge scelta dalle parti (*i.e.* dalla legge tedesca), fatto



salvo, naturalmente, il rispetto delle *"delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto"*.

Ma, *quid iuris*, quali sono le norme da considerare, nella specie, "imperative"?

La citata Decisione n.1673/2011 dell'ABF, in proposito, ritiene che il "diritto di stipula" risulti *"in contrasto con la disciplina inderogabile di diritto interno, dettata in particolare a tutela del consumatore"*.

E', quindi, in tale ambito, che va ricercata la norma imperativa rilevante al caso di specie.

Con riferimento al rapporto fra "libertà di prestazione di servizi" da parte di banche comunitarie, "disposizioni imperative" ed obbligazioni contrattuali, è illuminante l'approfondita *"Comunicazione interpretativa della Commissione - libera prestazione dei servizi e interesse generale nella seconda direttiva bancaria"* (di seguito, per brevità, la "Comunicazione"), adottata dalla Commissione UE il 20 giugno 1997.

Ai sensi della Comunicazione, *"(1)obiettivo principale della seconda direttiva di coordinamento dell'attività bancaria è consentire agli enti creditizi autorizzati in uno Stato membro di esercitare, nell'insieme dell'Unione, la totalità o parte delle attività bancarie comprese nell'allegato, sia tramite la costituzione di una succursale che in regime di libera prestazione dei servizi, a condizione che tali attività siano coperte dall'autorizzazione (articolo 18).*

Il diritto comunitario non ha tuttavia armonizzato il contenuto delle attività bancarie, salvo talune eccezioni come certi aspetti del credito al consumo. È pertanto probabile che un ente creditizio che desideri esercitare le sue attività in un altro Stato membro si veda confrontato a regolamentazioni diverse, applicabili sia al servizio stesso che alle condizioni alle quali può essere offerto e commercializzato. Si pensi ad esempio alle diversità tra le normative nazionali applicabili al credito.

Il sedicesimo considerando della seconda direttiva stabilisce che:

"... gli Stati membri devono vigilare affinché non vi sia alcun ostacolo a che le attività ammesse a beneficiare del riconoscimento reciproco possano essere esercitate allo stesso modo che nello Stato membro di origine, purché non siano incompatibili con le disposizioni legali di interesse generale in vigore nello Stato membro ospitante."

(...)

La Commissione ritiene che ente creditizio operante nel quadro del riconoscimento reciproco possa pertanto essere costretto ad adeguare i propri servizi alla regolamentazione del paese ospitante solo se le misure che gli vengono opposte sono di interesse generale, indipendentemente dal fatto che l'ente agisca tramite una succursale o in regime di libera prestazione dei servizi.

Tale impostazione è peraltro confermata dalla Corte di giustizia, la quale ha stabilito che solo delle regole di interesse generale possono limitare o ostacolare l'esercizio di due libertà fondamentali come la libera prestazione dei servizi e il diritto di stabilimento.

Di conseguenza un ente creditizio avrebbe il diritto di contestare, nel quadro di un procedimento giudiziario o amministrativo o tramite la presentazione di un reclamo alla Commissione, la legittimità alla luce del diritto comunitario di una norma del diritto nazionale che gli venisse imposta.

Tuttavia la seconda direttiva bancaria non contiene alcuna definizione dell'interesse generale in quanto la portata del concetto di interesse generale dipende, nei settori non armonizzati, dalla valutazione generale degli Stati membri e può variare considerevolmente da un paese all'altro a seconda delle tradizioni nazionali e degli obiettivi degli Stati Membri.



La seconda direttiva non precisa neppure entro quali limiti e a quali condizioni lo Stato ospitante può imporre l'osservanza delle sue regole di interesse generale ad un ente creditizio comunitario.

È pertanto necessario riferirsi alla giurisprudenza specifica della Corte di giustizia".

In particolare, "La Commissione ritiene che le direttive di armonizzazione definiscono il livello minimo di interesse generale comunitario. Ciò comporta, secondo la Commissione, che uno Stato non può, invocando il suo interesse generale, imporre ad un ente creditizio comunitario che opera sul suo territorio nel quadro del mutuo riconoscimento norme più rigorose di quelle previste da tali direttive.

Quanto precede vale per le norme armonizzate riguardanti l'accesso all'attività e le condizioni del suo esercizio (fondi propri, capitale minimo, garanzia dei depositi, grandi fidi, copertura dei rischi di credito e di mercato, ecc.).

Lo stesso dicasi per le regole armonizzate riguardanti talune attività bancarie specifiche, come le regole relative al credito al consumo (indicazione del tasso annuale effettivo globale, diritto del consumatore di adempiere ai propri obblighi prima della scadenza, ecc.).

Ciò vale, infine, per le norme armonizzate riguardanti taluni aspetti contrattuali orizzontali (clausole abusive) e talune condizioni relative al contesto contrattuale (conclusione di contratti al di fuori di stabilimenti commerciali, pubblicità ingannevole).

Quando queste regole armonizzate sono clausole minime, uno Stato permane libero di imporre, nei confronti dei propri enti creditizi, norme più severe di quelle previste dalle direttive. Infatti la discriminazione all'inverso non è in linea di massima contraria al diritto comunitario: secondo la giurisprudenza costante della Corte, il fatto di trattare i propri cittadini in modo meno favorevole degli altri cittadini comunitari non è contrario al principio di non discriminazione sancito dal diritto comunitario".

Da ultimo, occorre verificare "se disposizioni simili o comparabili volte a proteggere il medesimo interesse non siano già imposte all'ente creditizio dalla legislazione dello Stato membro d'origine.

Nel quadro della seconda direttiva bancaria questo criterio potrebbe essere importante soprattutto per la valutazione della compatibilità delle misure imposte dallo Stato membro ospitante nell'esercizio delle sue competenze residue".

*Ciò premesso, la Commissione ha chiarito che, con riferimento alla normativa in materia bancaria, esiste una sorta di *acquis* comunitario che regola in maniera uniforme fra gli Stati membri la disciplina della clausole abusive e che uno Stato membro non può richiedere ad una banca straniera il rispetto di ulteriori limiti nazionali.*

Resta ferma, naturalmente, la necessità di verificare "se disposizioni simili o comparabili volte a proteggere il medesimo interesse non siano già imposte all'ente creditizio dalla legislazione dello Stato membro d'origine".

A tale riguardo si segnala che, un primo riferimento normativo in materia di clausole abusive è rinvenibile nella Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (di seguito, per brevità, la "Direttiva"), che trova applicazione anche nei confronti delle banche.

Ai sensi dell'art. 3 della Direttiva, "1. Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto.

2. *Si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto.*

Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione.

Qualora il professionista affermi che una clausola standardizzata è stata oggetto di negoziato individuale, gli incombe l'onere della prova.

3. *L'allegato contiene un elenco indicativo e non esauriente di clausole che possono essere dichiarate abusive".*

In particolare, ai sensi dell'allegato alla Direttiva, sono da considerarsi abusive, tra le altre, le clausole che hanno per effetto di "d) permettere al professionista di trattenere somme versate dal consumatore qualora quest'ultimo rinunci a concludere o a eseguire il contratto, senza prevedere il diritto per il consumatore di ottenere dal professionista un indennizzo per un importo equivalente qualora sia questi che recede dal contratto".

Ulteriore (e più pregnante) riferimento normativo, si riscontra nella Direttiva 2008/48/UE del 23 aprile 2008, concernente i "contratti di credito ai consumatori".

Ed infatti, ai sensi dell'art. 13 della Dir. 2008/48/CE, "1. Il consumatore può avviare gratuitamente la procedura tipo di scioglimento del contratto di credito a durata indeterminata in qualsiasi momento, a meno che le parti non abbiano convenuto un preavviso. Tale preavviso non può essere superiore ad un mese.

Se convenuto nel contratto di credito, il creditore può avviare la procedura tipo di scioglimento del contratto di credito a durata indeterminata con un preavviso di almeno due mesi comunicato al consumatore su supporto cartaceo o altro supporto durevole.

2. *Se convenuto nel contratto di credito, il creditore può, per motivi oggettivamente giustificati, porre termine al diritto del consumatore di effettuare ulteriori prelievi in virtù di un contratto di credito a durata indeterminata. Il creditore informa il consumatore dello scioglimento del contratto e dei relativi motivi con comunicazione su supporto cartaceo o altro supporto durevole, ove possibile prima dello scioglimento e, al più tardi, immediatamente dopo, a meno che la comunicazione di tale informazione non sia vietata da altra normativa comunitaria o sia contraria a obiettivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza".*

Occorre precisare, sul punto, che il d.lgs. n. 141/2010 ha introdotto nel nostro ordinamento, oltre agli artt. 120-bis e 120-ter del TUB, l'art. 125-quater, secondo cui "(...) nei contratti di credito a tempo indeterminato il consumatore ha il diritto di recedere in ogni momento senza penalità e senza spese (...).

Alla luce dell'analisi fino qui compiuta, è di assoluta evidenza come:

(i) la materia della tutela del consumatore nei contratti bancari costituisca oggetto di regolamentazione di rango europeo;

(ii) il riferimento, contenuto nella decisione dell'ABF, alla tutela del consumatore prevista dall'art. 120-bis del TUB sia non pertinente, posto che tale tutela è riconosciuta, negli stessi termini e contenuti, dall'art. 125-quater del TUB; con la conseguenza che, a tale ultima previsione, si sarebbe dovuto fare riferimento ove mai fosse stato necessario, da parte dell'Organo decidente, ricercare il parametro imperativo al quale ancorarsi.

L'ABF, peraltro, prim'ancora di ricercare il parametro imperativo nella legislazione nazionale, avrebbe dovuto verificare, stanti le indicazioni della Commissione, "se



disposizioni simili o comparabili volte a proteggere il medesimo interesse non siano già imposte all'ente creditizio dalla legislazione dello Stato membro d'origine".

Sul punto si precisa che la Direttiva 2008/48/CE è stata recepita nell'ordinamento tedesco con la "*Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht*" del 29 luglio 2009. Detta legge, tuttavia, non recepisce il diritto di recesso di cui all'art. 13 della Direttiva medesima, posto che esso, stanti le precisazioni contenute nei Lavori preparatori alla legge, è stato ritenuto già esistente nel diritto tedesco (cfr. Lavori preparatori per la legge del 29 luglio 2009, *Drucksache 16/11643*, p. 75, primo paragrafo).

8. Conclusioni

Alla luce della ricostruzione e delle argomentazioni fin qui svolte sembra potersi concludere nel modo che segue.

L'ABF - pur avendo in una decisione prospettato "la complessità della fattispecie negoziale di cui trattasi, la quale non è assimilabile a un contratto di credito, posto che non è dato rinvenire, sulla base dello schema pattizio, uno specifico impegno della banca a concedere il credito", tant'è che, "(n)ella "seconda fase" dell'istituto in esame la concessione (o "assegnazione") del credito resta, infatti, subordinata a una valutazione assolutamente discrezionale dell'intermediario, che si riserva una verifica sulla sussistenza di determinate condizioni non sindacabili dal cliente", di talché "(i)n questa realtà negoziale, certamente atipica, la qualificazione giuridica della c.d. "prima fase" del rapporto può individuarsi in un deposito finalizzato alla concessione del mutuo, che rappresenta tuttavia un evento futuro e incerto, per cui in definitiva si concreta in un contratto a tempo indeterminato" (cfr. ABF, Collegio di Roma, dec. 8 novembre 2013, n. 5686) - nelle diverse decisioni che hanno riguardato il "contratto di mutuo edilizio" sostiene - in sintesi e senza più ritornare sulla natura giuridica dell'istituto e, altresì, sulla rilevante circostanza che il detto contratto sia o meno a tempo indeterminato - che:

(i) il "diritto di stipula" sarebbe assimilabile ad una penale e, in quanto tale, vietato ai sensi degli artt. 120-*bis*, 120-*ter* del TUB e 33, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 206/2005; su tale aspetto appare possibile, per contro, replicare che, per quel che qui rileva, il "diritto di stipula" non sarebbe assimilabile ad una penale (*id est*: clausola penale; caparra confirmatoria; caparra penitenziale), essendo le fattispecie appena richiamate accomunate dalla facoltà, per chi le prevede, di trattenere o imporre al cliente una compensazione, una penale ovvero una spesa in caso di mancata conclusione del contratto, recesso dal contratto o comunque estinzione anticipata del contratto (cfr., *amplius*, sub punto 5.);

(ii) il "diritto di stipula" rileverebbe, altresì, "*in termini di deficit di trasparenza e correttezza, (posta) l'assenza di ogni delucidazione circa la natura della prestazione retribuita dalla commissione in esame. Manca, insomma, ogni indizio testuale che prefiguri la stessa quale commissione versata al procacciatore d'affari per l'attività resa, ovvero come una sorta di fee a fondo perduto per entrare nella "comunità dei risparmiatori"*" (cfr. la Decisione n. 5973/2013, cit.); avuto riguardo a tale aspetto potrebbe rilevarsi, in replica, che l'art. 1, comma 2, del Contratto prevede espressamente che: "(a)l momento della stipulazione del contratto di Risparmio edilizio matura il diritto di stipula a carico del risparmiatore che ammonta all'1% della somma sottoscritta. E' in capo al risparmiatore il



versamento di detto diritto di stipula contestualmente alla sottoscrizione della richiesta di stipulazione del contratto di Risparmio Edilizio. Qualora tale versamento non venisse effettuato, i primi versamenti effettuati dal risparmiatore saranno compensati con il diritto di stipula ancora dovuto". Anche la prima pagina del contratto di risparmio edilizio, specifica chiaramente che il perfezionamento del contratto è subordinato, tra l'altro, alla condizione dell'"*avvenuto versamento del diritto di stipula da parte del richiedente ex art. 1 comma 2 delle Condizioni Generali di Contratto*" (previsione ribadita alla seconda pagina del contratto, *sub par. 2, "indicazioni tariffarie"*). Il successivo comma 3 precisa poi che "(i) *il diritto di stipula non verrà restituito, neppure parzialmente, né ridotto, né in caso di disdetta del contratto di risparmio edilizio, né in caso di riduzione della somma di risparmio, né in caso di rinuncia totale o parziale al mutuo di assegnazione*". Da ultimo, il documento di sintesi relativo al contratto di risparmio edilizio indica che il "*diritto di stipula, pari all'1% della somma contrattualmente sottoscritta, detta <somma di risparmio> (art. 1 n. 2 condizioni generali di contratto)*" è una delle "*Voci di costo*" e rappresenta le "*Spese per l'apertura del conto*" (cfr., *amplius, sub punto 7.1.*);

(iii) il "diritto di stipula" sarebbe, in ogni caso, privo di *causa debendi*; di qui la sua ripetibilità in applicazione dei principi in materia di indebito oggettivo (cfr. Dec. n. 1673/2011, cit.); in ordine a tale profilo potrebbe replicarsi che il "diritto di stipula" ha una sua precisa "funzione economica", senz'altro meritevole di tutela. A tale ultimo proposito, va precisato che il "diritto di stipula" ha la funzione precipua di remunerare, sotto forma di provvigione, l'attività svolta dagli agenti dell'Intermediario.

Ma non solo. Il versamento del "diritto di stipula" ha poi una *causa debendi* ulteriore rispetto alla provvigione agli agenti, e cioè la prestazione, da parte dell'Intermediario, di una serie di servizi che sono parte integrante del contratto di risparmio edilizio: le spese per l'apertura del conto, il calcolo del piano di risparmio (assimilabile, per quanto qui rileva, ad una istruttoria di fido) (cfr., *amplius, sub punto 7.*);

(iv) che, sebbene il contratto sia assoggettato per scelta delle parti ad una legge straniera (e, segnatamente, alla legge tedesca), ad esso trova comunque applicazione la legge italiana, posto che il "diritto di stipula" recherebbe pregiudizio alle norme interne non derogabili dall'autonomia privata "*tra le quali si pongono (...) anche i principi posti dall'art. 120-ter del Testo Unico Bancario*" (cfr. Dec. n. 1673/2011, cit.); in replica a tale considerazione può segnalarsi che, nel caso di specie, il Contratto può essere regolato dalla legge scelta dalle parti (*i.e.* dalla legge tedesca), fatto salvo, naturalmente, il rispetto delle "*delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto*" e che, con riguardo alla natura imperativa delle disposizioni nazionali, appare illuminante l'approfondita "*Comunicazione interpretativa della Commissione - libera prestazione dei servizi e interesse generale nella seconda direttiva bancaria*" (di seguito, per brevità, la "*Comunicazione*"), adottata dalla Commissione UE il 20 giugno 1997; che alla luce dei criteri indicati nella citata Comunicazione è di assoluta evidenza come: (i) la materia della tutela del consumatore nei contratti bancari costituisca oggetto di regolamentazione di rango europeo; (ii) il riferimento, operato dall'ABF, alla tutela del consumatore prevista dall'art. 120-bis del TUB sia non pertinente, posto che tale tutela è riconosciuta, negli stessi termini e contenuti, dall'art. 125-*quater* del TUB; con la conseguenza che, a tale ultima previsione, si sarebbe dovuto fare riferimento ove mai fosse stato necessario, da parte dell'Organo decidente, ricercare il parametro imperativo al quale ancorarsi; l'ABF, peraltro, prim'ancora di ricercare il parametro imperativo nella legislazione nazionale, avrebbe dovuto verificare "*se disposizioni simili o comparabili volte a proteggere il medesimo interesse non siano già*

*imposte all'ente creditizio dalla legislazione dello Stato membro d'origine". Sul punto si precisa che la Direttiva 2008/48/CE è stata recepita nell'ordinamento tedesco con la "Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht" del 29 luglio 2009. Detta legge, tuttavia, non recepisce il diritto di recesso di cui all'art. 13 della Direttiva medesima, posto che esso, stanti le precisazioni contenute nei Lavori preparatori alla legge, è stato ritenuto già esistente nel diritto tedesco (cfr. Lavori preparatori per la legge del 29 luglio 2009, *Drucksache 16/11643*, p. 75, primo paragrafo) (cfr., *amplius*, sub punto 8.).*

Occorre considerare che nell'articolazione di una possibile memoria difensiva - ferma la necessità di ordinare logicamente, tenendo comunque conto delle eventuali aggiuntive argomentazioni avversarie - le ipotesi argomentative sopra richiamate andrebbero, altresì, integrate dalla ulteriore considerazione, fin qui prospettata soltanto in una decisione dell'ABF, secondo cui "(i)n questa realtà negoziale, certamente atipica, la qualificazione giuridica della c.d. "prima fase" del rapporto (del contratto di risparmio edilizio) può individuarsi in un deposito finalizzato alla concessione del mutuo, che rappresenta tuttavia un evento futuro e incerto (...)", ma non già, diversamente da quanto prospettato dall'ABF, un "contratto a tempo indeterminato". La data di assegnazione del contratto di mutuo, infatti, viene determinata per mezzo di una formula matematica, e per effetto di ciò è determinata ed è conoscibile - *a priori* - dal cliente. La posticipazione della data di assegnazione, del tutto eventuale, è legata ad eventi non prevedibili al momento della stipula del contratto, quali, a titolo di esempio, la richiesta di modifica, da parte del cliente dell'importo di ammortamento ai sensi dell'art. 11, 2 comma, del contratto. Il contratto di risparmio edilizio prevede, dunque, un termine per l'assegnazione e perciò anche, sebbene sottoposto a condizione, per l'erogazione del mutuo; termine, questo, che, sebbene non esplicitato nel contratto in discorso, è predeterminato e conoscibile dal cliente (cfr., *amplius*, sub punto 6.).